This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Google

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

HDI
HL 1PKJ 7

Feinberg, I.B.
A.F. Kistiakovskii

HD
RUS
FOL

HARVARD
LAW
LIBRARY

A7
Foinitskii, I. IA.
A. F. Kistiakovskii

Bd. April 1933

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 30 1932

406

И. Фойницкій.

А. Ф. КИСТЯКОВСКІЙ

КАКЪ

КРИМИНАЛИСТЪ.

Оттискъ изъ журнала „Кіевская Старина".

КІЕВЪ.
Типографія Г. Т. Корчакъ-Новицкаго, Михайловская ул., д. № 45.
1895.

PRINTED

Ivan Iakovlevich Foinitskii

И. Фойницкій.

А. Ф. КИСТЯКОВСКІЙ

как

КРИМИНАЛИСТЪ.

Оттискъ изъ журнала „Кіевская Старина".

КІЕВЪ.
Типографія Г. Т. Корчакъ-Новицкаго, Михайловская ул., д. № 18.
1895.

Дозволено цензурою. Кіевъ, 11 Января 1895 года.

А. Ф. КИСТЯКОВСКІЙ КАКЪ КРИМИНАЛИСТЪ.

И на чредѣ своей не забывалъ онъ
Святѣйшаго изъ званій: человѣкъ!

Обширный и отзывчивый умъ создаетъ себѣ широкую сферу дѣятельности. Таковъ былъ умъ славнаго покойника, такова была и его дѣятельность. Онъ оставилъ глубокіе слѣды, какъ юристъ, публицистъ и общественный дѣятель, его имя принадлежитъ исторіи нашихъ юридическихъ обществъ, нашихъ учрежденій для несовершеннолѣтнихъ, нашего правового образованія вообще, нашей періодической печати, и весьма почтенное мѣсто занимаетъ оно тоже въ исторіи умственнаго развитія Украины. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, и даже преимущественно, по дѣятельности своей А. Ф. былъ криминалистъ.—Онъ занималъ каѳедру уголовнаго права въ Кіевскомъ Университетѣ съ сентября 1864 г. и вплоть до своей смерти, сперва въ званіи приватъ-доцента, затѣмъ—доцента, экстраординарнаго и ординарнаго профессора, значитъ—свыше 20 лѣтъ. Еще раньше онъ началъ помѣщать въ печати свои работы по уголовному праву и процессу, и огромная часть многочисленныхъ сочиненій А. Ф. посвящена именно этой области. Какое же положеніе занялъ онъ здѣсь, подъ какимъ знаменемъ онъ сталъ, чему и какъ служилъ онъ въ этой главной сферѣ своей дѣятельности?

Поставленными вопросами займется настоящій очеркъ, оставляя другимъ, болѣе въ томъ компетентнымъ, прочія сферы обширной дѣятельности Александра Федоровича.

I.

Научная разработка уголовнаго права распадается на экзегетическую, догматическую и историческую, причемъ въ разработкѣ догматической различаются направленія метафизическое, практически-позитивное и научно-позитивное. Экзегетическая разработка состоитъ въ истолкованіи даннаго законодательства на основаніи наличнаго его содержанія въ опредѣленную эпоху. Историческая разработка имѣетъ задачею изученіе возникновенія и развитія права, его прошлую жизнь. Наконецъ, догматическая разработка стремится къ отысканію и установленію положеній или догмъ, характеризующихъ существо изучаемыхъ правовыхъ институтовъ по данному положительному праву. Если такія положенія отыскиваются исходя изъ отвлеченныхъ и непровѣреныхъ опытомъ идей, то получается направленіе метафизическое. Если въ основаніе ихъ принимается положительное законодательство данной страны, то говорятъ (Биндингъ) о направленіи позитивно-догматическомъ или практически-позитивномъ, весьма близкомъ къ разработкѣ экзегетической. Наконецъ, направленіе научно-позитивное стремится къ уразумѣнію правовыхъ институтовъ и конструкціи ихъ путемъ выясненія ихъ дѣйствительной природы по даннымъ не только положительнаго законодательства, при томъ какого либо одного законодательства, но также исторіи и всего иного матеріала, доступнаго наукѣ.

Въ своей литературной дѣятельности А. Ф. Кистяковскій неоднократно проявлялъ себя хорошимъ толкователемъ дѣйствующаго законодательства. Въ ряду его произведеній мы встрѣчаемъ статьи „о порядкѣ и характерѣ производства дѣлъ по извѣту о фальшивости духовнаго завѣщанія“ (Ж. М. Ю. 1867 № 9), „о подсудности по закону 11 октября 1865, „о преступленіи недозволенное оставленіе отечества“ (Суд. В. 1875 № 230), „къ вопросу о способѣ опредѣленія личности свидѣтеля и отношеніи его къ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ“ (тамъ же, № 23), „о наказуемости изъявленія умысла по русскому праву“ (тамъ же, 1876), „разработка вопросовъ о пред-

рѣшеніяхъ гражданскимъ судомъ вопросовъ гражданскаго права, возникающихъ при производствѣ университетскаго суда" (Кіев. Унив. Изв. 1877 № 12); и въ его капитальныхъ научныхъ произведеніяхъ, каковы „Элементарный учебникъ", „о пресѣченіи обвиняемымъ способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда", всему этому отводится не мало мѣста. Обладая значительными діалектическими способностями, А. Ф. Кистяковскій примѣнялъ ихъ и въ своей практической адвокатской дѣятельности, причемъ ему приходилось неоднократно касаться толкованія дѣйствующаго законодательства. Безспорно, такимъ образомъ, что онъ не разъ проявлялъ себя въ направленіи экзегетическомъ и отнюдь не чуждался его.

Но онъ далеко не ограничивался экзегезою и даже, прибѣгая къ ней, руководился правиломъ: scire leges non est verba earum tenere, sed etiam vim ac potestatem. Для уразумѣнія этихъ vis ac potestas законовъ толкуемыхъ, не оставаясь въ предѣлахъ ихъ грамматическаго изложенія, онъ обращается къ исторіи ихъ и сопоставленію съ другими законодательными системами. Это уже пріемы анализа догматическаго.

II.

Въ гораздо большей мѣрѣ А. Ф. Кистяковскій можетъ быть признанъ представителемъ направленія историческаго въ наукѣ уголовнаго права. Его докторская диссертація „о мѣрахъ пресѣченія обвиняемымъ способовъ уклоненія отъ слѣдствія и суда" содержитъ въ себѣ изложеніе полной исторіи русскаго уголовнаго процесса, которое по достоинствамъ своимъ стоитъ выше всего появившагося донынѣ въ русской литературѣ. Историческому моменту онъ удѣлялъ обширное мѣсто во многихъ своихъ другихъ работахъ, и не говоря уже о его капитальномъ трудѣ „изслѣдованіе о смертной казни", всецѣло построенномъ на опытныхъ указаніяхъ исторіи, авторъ отводитъ выдающееся мѣсто историческому моменту въ своемъ „Элементарномъ учебникѣ общаго уголовнаго права". Обращая вниманіе читателей на предлагаемое имъ изложеніе исторіи науки уголовнаго права, авторъ въ предисловіи ко 2 изданію его замѣчаетъ:

„спеціалисты знаютъ, какъ мало разработанъ этотъ вопросъ даже въ иностранной научной литературѣ. Авторъ учебника считаетъ этотъ вопросъ однимъ изъ тѣхъ *кардинальныхъ* предметовъ науки, знакомство съ которымъ способно дать точку устоя при изученіи науки уголовнаго права".

И тѣмъ не менѣе, однако, не смотря на то огромное значеніе, которое А. Ф. Кистяковскій отводилъ историческому моменту въ наукѣ уголовнаго права, онъ не принадлежитъ историческому направленію: имя, имъ оставленное, не есть имя историка права. Такое имя принадлежитъ изслѣдователямъ временъ прошедшихъ, занимавшихся ими исключительно для опредѣленія правоваго строя прошлой правовой жизни. Прошлому всецѣло принадлежатъ ихъ труды и ихъ идеи. А. Ф. Кистяковскій не былъ историкомъ права, потому уже, что онъ занимался прошедшимъ не для прошедшаго; послѣднее интересовало его не само по себѣ, а только какъ ступень для уразумѣнія настоящаго. Взоръ его направленъ на настоящее и только для выясненія его обращается къ прошедшему, притомъ далеко не исключительно. Факты исторіи имѣютъ для него значеніе только показателя взглядовъ народа на изслѣдуемый институтъ и измѣненія ихъ. Въ предисловіи къ своей магистерской диссертаціи о смертной казни,—сочиненіе, которое по высокимъ достоинствамъ своимъ стоитъ безспорно во главѣ всѣхъ остальныхъ работъ А. Ф. Кистяковскаго,—онъ говоритъ: „на вопросъ, который каждому спеціалисту не разъ приходится слышать—каково ваше мнѣніе о смертной казни, считаете вы ее наказаніемъ справедливымъ или нѣтъ,—я отвѣчаю: спрашивайте не меня, мнѣніе котораго, какъ всякое одиночное мнѣніе, не можетъ имѣть силы и значенія, а выслушайте болѣе полновѣсное и имѣющее болѣе правъ на вниманіе мнѣніе народовъ". Весь этотъ трудъ направленъ къ выясненію, путемъ данныхъ исторіи, современнаго состоянія изслѣдуемаго вопроса. Но и на этомъ авторъ не останавливается. Какъ видно уже изъ приведенной выдержки, историческій матеріалъ служитъ для него основою не только для выясненія настоящаго, но и для отвѣта о будущемъ; изъ него онъ дѣлаетъ заключеніе не только о томъ, что есть, но и что должно быть; въ немъ онъ ищетъ, въ частности, рѣшенія о *справедливости или несправед-*

ливости изслѣдуемаго института. То же заключеніе получается изъ знакомства съ другими трудами А. Ф. Кистяковскаго. Высоко ставя исторію права, онъ служитъ ей не самой по себѣ, а какъ могучему вспомогательному средству изслѣдованія догматическаго. Она нужна ему для уразумѣнія истинной природы изслѣдуемаго института въ видахъ выясненія современнаго его состоянія и опредѣленія вѣроятныхъ судебъ его въ будущемъ. „Такъ какъ субстанція уголовнаго права есть общественнаго свойства—говоритъ А. Ф. Кистяковскій во 2 изд. своего Учебника (§ 7)—и такъ какъ общественность человѣческая видоизмѣняется по извѣстнымъ неизмѣннымъ законамъ, то и уголовное право, какъ одно изъ проявленій общественности, съ одной стороны бываетъ запечатлѣно характеромъ общественности, его породившей, съ другой вмѣстѣ съ нею подвержено измѣняемости, совершающейся по неизмѣннымъ законамъ". Исторія права для автора и есть матеріалъ, содѣйствующій выясненію такихъ законовъ, называемыхъ имъ законами постоянства и движенія и опредѣленію вліянія общественности на состояніе и измѣненіе права. Посвящая себя ей, онъ имѣлъ всегда предъ собою главною задачею выясненіе юридической сущности изслѣдуемаго института и общественныхъ условій, его опредѣлявшихъ. Это задача догматическаго свойства.

Нельзя при этомъ не отмѣтить отношенія А. Ф. Кистяковскаго къ смѣнѣ историческихъ явленій. Много разъ и съ настойчивымъ подчеркиваніемъ онъ высказываетъ положеніе, по которому эта смѣна совершается не безформенно и произвольно, а въ высшей степени правильно, постепенно, или, какъ выражается А. Ф., по неизмѣннымъ законамъ. Кромѣ приведенной выдержки изъ § 7 его учебника, въ подтвержденіе сказаннаго можно сослаться на §§ 22—39 того-же сочиненія; современное уголовное право Европы, говоритъ онъ, „есть неоконченная работа многихъ вѣковъ и множества поколѣній" (§ 22); „процессъ его развитія и видоизмѣненій есть процессъ органическій, т. е. совершающійся по неизмѣннымъ законамъ, присущимъ природѣ обществъ человѣческихъ" (§ 23); „въ процессѣ развитія и видоизмѣненія уголовнаго права нѣтъ ничего произвольнаго,

нѣтъ скачковъ, внезапностей и неожиданностей; все въ немъ подчинено общему, свойственнему всей природѣ, закону постепеннаго развитія, по которому одна формація явленій рождается изъ другой, по которому ближайшее послѣдующее мало чѣмъ отличается отъ послѣдняго предъидущаго, но гдѣ двѣ крайнія формаціи, не утрачивая ихъ родоваго свойства, кореннымъ образомъ между собою различаются" (§ 24). Въ развитіи уголовнаго права онъ указываетъ три постепенно другъ друга смѣняющіе уклады или формаціи: а) укладъ или формація частной мести, б) общественнаго устрашенія и в) общественнаго исправленія и предупрежденія (§ 25), при чемъ указываетъ характеристическія черты каждой изъ этихъ формацій, замѣчаетъ, что послѣдняя изъ нихъ „въ настоящее время находится только въ періодѣ своего развитія, а не полнаго осуществленія, вслѣдствіе чего третій укладъ не можетъ быть разсматриваемъ какъ вполнѣ сложившійся" (§ 34), что „нынѣ дѣйствующее уголовное право хотя представляетъ начало третьей формаціи, въ сущности есть переходнаго свойства" (§ 36), и прибавляетъ: „обозрѣвая весь ходъ развитія и видоизмѣненій науки уголовнаго права, легко замѣтить, что оно является до высокой степени дѣломъ человѣка данной эпохи, нося на себѣ печать характера и качествъ этого человѣка и общественной среды, въ которой онъ живетъ", и что „дѣло науки уголовнаго права, какъ науки установившихся формъ общежитія, какъ фактора, который обладаетъ только творческою силою для пониманія и для разработки существующихъ формъ, а не для созданія новыхъ, состоитъ въ томъ, чтобы указать на зачатки новыхъ идей" (§§ 38, 39).

Приведенныя выдержки, подтверждая высказанное нами, что для А. Ф. Кистяковскаго историческое изслѣдованіе имѣло лишь характеръ служебный, на сколько оно было нужно для разрѣшенія главной задачи, имъ преслѣдуемой и по существу своему догматической, вмѣстѣ съ тѣмъ свидѣтельствуютъ, что по вопросу объ исторической смѣнѣ правовыхъ явленій А. Ф. исходилъ изъ убѣжденія въ постоянствѣ ея, въ опредѣленіи ея извѣстными твердыми законами объективнаго свойства, въ постепенности развитія однихъ формъ правовой жизни изъ другихъ,

имъ предшествовавшихъ. Это—*доктрина эволюціонизма*, однимъ изъ самыхъ раннихъ представителей которой у насъ и былъ Кистяковскій.

III.

Какъ бы то ни было, А. Ф. Кистяковскій въ наукѣ уголовнаго права всецѣло служитъ разработкѣ догматической. Главная задача, которую онъ себѣ ставилъ, состояла въ выясненіи природы существующихъ правовыхъ институтовъ, и если его взглядъ останавливался на прошедшемъ ихъ или стремился проникнуть въ ихъ будущее, то лишь въ предѣлахъ, на сколько это представлялось нужнымъ и возможнымъ для уразумѣнія существующаго.

Но какъ понималъ онъ это существующее и какими путями стремился къ уразумѣнію его?

Уже изъ предыдущаго уложенія съ полною очевидностью вытекаетъ, что А. Ф. не былъ и не могъ быть догматикомъ направленія метафизическаго. Это не былъ человѣкъ съ готовыми мнѣніями на всѣ вопросы. Къ отвѣту на послѣдніе онъ приходилъ лишь послѣ старательной надъ ними работы и, уважая объективное къ нимъ отношеніе, можетъ быть даже свыше должной мѣры, онъ крайне отрицательно относился къ субъективному ихъ разрѣшенію, основанному на однихъ лишь отвлеченныхъ, эмпирически недоказанныхъ положеніяхъ и на діалектическихъ надъ ними операціяхъ. Припомнимъ, какъ рѣшительно отклоняетъ онъ отъ себя, въ предисловіи къ изслѣдованію о смертной казни, вопросъ о справедливости или несправедливости этого наказанія, направляя читателя къ мнѣнію народовъ. „Не въ моей натурѣ, читаемъ мы въ одномъ изъ его писемъ къ проф. Модестову, та любовь къ догматикѣ, похожей на догматическое богословіе, которая самодержавно царствуетъ въ наукѣ уголовнаго права“. Здѣсь отрицательное отношеніе къ метафизическому направленію въ догматической разработкѣ выражено въ формѣ столь рѣзкой, что изъ нея можно даже придти къ ошибочной мысли, будто-бы А. Ф. Кистяковскій

протестуетъ вообще противъ догматической разработки уголовнаго права: въ дѣйствительности, онъ лучшій ея представитель, и протестъ его относится лишь къ тому ея направленію, которое стремится подчинить правовую жизнь неизмѣннымъ и непреложнымъ догмамъ, выводимымъ путемъ отвлеченныхъ построеній изъ непровѣренныхъ научно идей супернатуральныхъ или спиритуалистическихъ. И онъ со всею силою своей аргументаціи обрушивается на авторовъ новаго времени, которые продолжаютъ стоять на такой ненадежной почвѣ. Отмѣчая въ учебникѣ три коренныхъ вопроса, завѣщанныхъ прежней наукой девятнадцатому столѣтію, именно—вопросы о правѣ наказанія. объ основаніи вмѣненія и о подозрѣніи, онъ, говоря о второмъ изъ этихъ вопросовъ, упрекаетъ автора сочиненія „Основныя начала объ уголовномъ вмѣненіи", проф. Бернера, въ томъ, что авторъ этотъ „представилъ изображеніе дѣятельности не дѣйствительнаго человѣка, а мифическаго, можно сказать воображаемаго. Доказательствомъ тому служатъ слѣдующія выраженія: „человѣкъ можетъ нарушить вѣчный законъ", „человѣкъ пользуется высшею честью быть преступникомъ и освобождаться отъ необходимости", „человѣкъ не управляется побужденіями", „волю его нельзя принудить". Вслѣдствіе такого метафизическаго метода изслѣдованія природы дѣйствій человѣка—продолжаетъ А. Ф. Кистяковскій, — преступленіе до сихъ поръ въ въ наукѣ остается какою-то загадкою, чѣмъ-то безпричиннымъ, какимъ-то зломъ, которому нѣтъ другого объясненія, кромѣ невѣдомо откуда происходящей злой воли. *Современная злая воля, это—средневѣковый діаволъ, только пранявшій другую личину.* Еще Фейербахъ справедливо замѣтилъ, что по этой теоріи человѣкъ совершаетъ преступленіе только потому, что онъ хочетъ совершить его, дѣлаетъ зло для самого зла, не исполняетъ законъ безъ всякой причины, кромѣ желанія нарушить его, словомъ — дѣйствуетъ, какъ средневѣковый діаволъ. Отъ такой постановки этого вопроса происходитъ то, что въ наукѣ уголовнаго права остается въ полномъ пренебреженіи изслѣдованіе реальной природы преступленія, и что въ ней господствуетъ въ этомъ пунктѣ застой. Мало этого: всякая попытка основать

вмѣненіе *на юридическихъ основахъ, выведенныхъ изъ дѣйствительной природы преступленія*, принимается за воззваніе къ установленію безразличія между добромъ и зломъ, за призывъ къ безнаказанности. Доказательствомъ этому служитъ исторія Ансельма Фейербаха. Какъ будто теорія причинности преступленій когда нибудь могла смотрѣть на преступленіе иначе какъ на зло, какъ будто она также не озабочена охраною благосостоянія и безопасности общества. Зло останется зломъ, будемъ ли мы знать его причину, или считать его навѣяннымъ съ вѣтра. Но велико различіе между тѣмъ, когда причина дѣйствія изслѣдована, и тѣмъ положеніемъ, когда дѣйствіе является безпричиннымъ, произвольнымъ, одинокимъ. Въ первомъ случаѣ можетъ быть подыскано болѣе цѣлесообразное средство его устраненія, во второмъ—примѣняются рутинныя средства, какъ какое-нибудь знахарство въ медицинѣ" (Учебникъ, стр. 104, 105, изд. 2).

Мы нарочно привели эту довольно обширную выписку по одному изъ самыхъ важныхъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, самыхъ слабообработанныхъ ученій общей части уголовнаго права, такъ какъ она съ особенною яркостью характеризуетъ научное направленіе А. Ф. Кистяковскаго. Въ ней онъ требуетъ, чтобы ученіе о вмѣненіи было построено на юридическихъ основахъ, выведенныхъ изъ дѣйствительной природы преступленія. Этимъ требованіемъ,—посильную попытку выполнить которое онъ далъ для многихъ уголовноправовыхъ ученій какъ въ своемъ учебникѣ, такъ и въ другихъ своихъ трудахъ,—А. Ф. Кистяковскій рѣшительно заявляетъ себя сторонникомъ догматической разработки уголовнаго права. Съ еще большею рѣшительностью высказывается имъ протестъ противъ отвлеченнаго, метафизическаго его направленія, такъ что съ этимъ вопросомъ можно считать покончеиным. Но, кромѣ того, въ немъ заключаются еще два драгоцѣнныя указанія, подтверждаемыя всею совокупностью трудовъ А. Ф. Кистяковскаго.

Одно изъ нихъ — отрицательнаго свойства. Заявивъ себя противникомъ метафизическаго направленія, А. Ф. весьма категорически высказывается въ немъ и противъ такъ наз. пози-

тивнаго направленія въ смыслѣ построенія науки уголовнаго права на почвѣ исключительно какого-либо конкретнаго положительнаго законодательства. Suprema lex — для него только одна изъ послѣдовательныхъ историческихъ ступеней развитія правовой идеи, и не передъ нимъ склоняется его гордая выя. Его фундаментъ гораздо болѣе широкій.

IV.

Эта почва—„дѣйствительная природа преступленія". Въ предисловіи къ 1 изданію своего учебника, который онъ назвалъ учебникомъ „*общаго* уголовнаго права", А. Ф. Кистяковскій объясняетъ это названіе такъ: „подъ общимъ уголовнымъ правомъ я разумѣю изложеніе общихъ началъ, которыя выработаны совокупною жизнью всего человѣчества". Въ самомъ изложеніи какъ учебника, такъ и изслѣдованія о смертной казни, онъ говоритъ или объ общемъ уголовномъ правѣ, или объ уголовномъ правѣ Европы, подкрѣпляя свои положенія ссылками на литературу и законодательства разнообразныхъ временъ и народовъ и стремясь сдѣлать общій выводъ изъ нихъ. Всюду онъ имѣетъ въ виду не какое либо конкретное законодательство опредѣленнаго народа, а цѣлую совокупность конкретныхъ правовыхъ нормъ всѣхъ извѣстныхъ ему временъ и народовъ. Положительный законъ для него—не источникъ уголовнаго права, а только *матеріалъ* науки уголовнаго права, внѣшняя оболочка или „форма, выраженіе уголовнаго права, какъ совокупности понятій даннаго народа, въ данный періодъ его развитія, о правомъ и неправомъ. Не законъ созидаетъ уголовное право, а наоборотъ. Вообще говоря, въ созданіи уголовнаго закона не остается мѣста произволу законодателя, которому приходится только закрѣплять уже народившіяся или вызываемыя потребностями быта понятія о правомъ и неправомъ, созданныя сложившимися или слагающимися общественными отношеніями" (Учебн. § 64). „Чѣмъ объемистѣе матеріалъ, подлежащій научной обработкѣ,—говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ, понимая подъ матеріаломъ науки уголовнаго права уголовные законы (Учеб.

§ 8),—тѣмъ шире, глубже и ближе къ истинѣ будутъ положенія самой науки. Поэтому было бы разумно, если бы наука уголовнаго права сообщала свои ученія какъ результатъ изученія уголовныхъ законовъ всѣхъ формацій, всѣхъ періодовъ и народовъ. Только подъ этимъ условіемъ она и можетъ получить имя общаго уголовнаго права".

Какая грандіозная перспектива, какой высокій и достойный упорнаго труда научный идеалъ! Конечно, идеалъ этотъ и вообще мнѣніе А. Ф. Кистяковскаго объ *общемъ* уголовномъ правѣ не представлялись безусловно новыми и имѣли почву въ прошедшемъ, что, впрочемъ, съ точки зрѣнія самого А. Ф., служитъ имъ только въ похвалу. Уже школа естественнаго права, а затѣмъ супернатуралисты и представители различныхъ философскихъ системъ, заводили рѣчь объ общихъ для всего человѣчества началахъ права вообще и уголовнаго въ частности, но въ иномъ значеніи, такъ какъ такія начала представлялись имъ непреложными, неизмѣнными и опредѣляемыми силами, внѣ человѣка и человѣческаго общества лежащими, именно—божествомъ, или космосомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, опытное, сравнительное изученіе права у разныхъ народовъ показало существованіе у нихъ общихъ чертъ, такъ что мысль о связи и даже родствѣ уголовныхъ законодательствъ и объ опредѣляемости историческаго развитія ихъ общими законами высказывалась и съ болѣе научными обоснованіями. Но въ той полнотѣ и широтѣ, въ какой она выражена А. Ф. Кистяковскимъ, она ранѣе его не высказывалась. Въ иностранной литературѣ въ такой позитивной постановкѣ мы встрѣчаемъ ее впервые въ произведеніяхъ проф. Листа, именно—главнымъ образомъ въ введеніи къ „сравнительному уголовному законодательству", изданному только въ настоящемъ 1894 году. Первенство, благодаря А. Ф., принадлежитъ русской литературѣ.

Давая уголовному праву такое широкое, и притомъ позитивное, а не отвлеченное основаніе, А. Ф. нуждался для построенія его какъ науки въ огромномъ матеріалѣ. Видя въ положительномъ законѣ только проявленіе правовыхъ убѣжденій даннаго народа въ опредѣленный моментъ его существованія,

онъ естественно и неминуемо пришелъ къ признанію высокаго значенія исторіи права: матеріалъ историческій оказался необходимымъ для построенія предположеннаго имъ зданія. Исходя отъ мысли, что право даннаго народа есть только частица права всего человѣчества, плоть отъ плоти и кость отъ кости его, онъ не могъ заключить своего изложенія въ тѣсныя рамки правового строя какого нибудь одного народа; настоятельно необходимымъ сталъ для него и матеріалъ сравнительный. Мы уже видѣли, какъ добросовѣстно и упорно подготовлялъ себя А. Ф. къ ознакомленію съ историческимъ матеріаломъ и пріемами историческаго изслѣдованія. Тѣже добросовѣстность и упорство проявляются у него и по отношенію къ матеріалу сравнительному. Рѣдкое явленіе уголовно-правовой жизни западныхъ народовъ его времени не останавливало на себѣ его вниманія. Въ ряду его литературныхъ произведеній, помѣщавшихся въ періодической печати, мы встрѣчаемъ: „очеркъ англійскаго уголовнаго процесса по Миттермайеру" (Ж. М. Ю. 1860 №№ 6, 8—12), „адвокатура во Франціи, Англіи и Германіи" (тамъ же, 1863 № 8); „полицейскіе суды въ Лондонѣ', (1864 № 9, подъ псевдонимомъ А. Городисскій); „уголовное право Италіи, профессоръ Пессина и современное движеніе италіанскаго права и науки" (Судеб. Жур. 1873, №№ 3 и 4); „о преподаваніи юридическихъ и политическихъ наукъ въ Германіи" (Ж. М. Нар. Просв. 1874); „главнѣйшіе моменты исторіи развитія науки уголовнаго права" (Кіев. Унив. Изв. 1873 № 12); „судебная организація во Франціи и предстоящія въ ней реформы" (Жур. гр. угол. пр. 1879 №№ 2, 3); помимо того, значительная работа этого рода выполнена имъ въ его руководящихъ трудахъ о смертной казни и въ учебникѣ.

Но и для А. Ф. Кистяковскаго, несмотря на его огромную энергію, поставленная имъ задача оказалась чрезмѣрною. Состояніе литературной разработки уголовнаго права еще далеко не достигло той высоты, которая для этого необходима. Самъ онъ вынужденъ былъ признать, что „разработка уголовнаго права посредствомъ историческаго метода представляетъ только слабыя попытки, является только въ зародышномъ состояніи"...

Еще въ меньшей степени уголовное право обработано посредствомъ сравнительнаго метода... Онъ остается непримѣненнымъ къ самымъ отдаленнымъ эпохамъ уголовнаго права, тѣмъ, которыя представляютъ высокій научный интересъ. Къ нему не обращались еще для разработки уголовнаго права классическихъ народовъ. Уголовное право дикихъ и варварскихъ народовъ не тронуто, какъ нѣчто совокупное, въ одно мѣсто сопоставленное, освѣщенное путемъ сравненія". (Учеб. стр. 34. 35). Естественно, что при такомъ состояніи научныхъ знаній, предложенное А. Ф. Кистяковскимъ могло быть только попыткою рѣшенія вопроса по намѣченной программѣ. Многихъ ученій господствующей доктрины онъ совершенно не могъ коснуться, къ другимъ ему оказалось возможнымъ проявить лишь критическое отношеніе, и только весьма немногіе, каково напр. ученіе о смертной казни, переработаны имъ въ корнѣ и не только расчищены старыя развалины, но на мѣсто ихъ воздвигнуто и новое зданіе. Однако, и какъ попытка, труды А. Ф. Кистяковскаго имѣютъ высокую цѣну, и изъ намековъ, въ нихъ содержащихся, должна въ будущемъ получиться прекрасная жатва.

V.

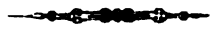
А. Ф. Кистяковскій приходилъ къ высказываемымъ имъ положеніямъ путемъ упорной и медленной работы. Мы уже замѣтили, что онъ не принадлежалъ къ числу умовъ съ готовыми на все отвѣтами. Напротивъ, онъ какъ бы предпочиталъ вовсе не имѣть личнаго мнѣнія и не давать личнаго отвѣта по возбуждаемымъ вопросамъ. „Спрашивайте не мое мнѣніе, а мнѣніе народовъ", говоритъ онъ въ предисловіи къ изслѣдованію о смертной казни. „Самыя повидимому самостоятельныя философскія построенія, носящія на себѣ печать индивидуальности писателя-криминалиста, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ (Учебникъ, стр. 55), будучи сведены къ простѣйшимъ истинамъ, въ концѣ концовъ выражаютъ только то или другое убѣжденіе, живущее въ цѣломъ народѣ, или въ такъ называемомъ обществѣ".

Такое объективное направленіе, отрицающее всякое значеніе личнаго, индивидуальнаго момента, возлагающее и на писателя обязанность воздерживаться отъ всякаго проявленія своей индивидуальности въ своихъ твореніяхъ, явилась какъ естественная реакція противъ чрезмѣрнаго возвышенія личности и личнаго момента литературою XVIII и начала XIX ст., съ ея непреложною вѣрою во всемогущество личнаго разума и личной воли. Увлеченія этого направленія породили противоположное теченіе, которое пріобрѣтало болѣе и болѣе адептовъ, и наконецъ стало господствующимъ. Ему отдалъ дань и А. Ф. Кистяковскій.

Но какъ ни громко и рѣшительно требуетъ онъ отрицанія своей личности въ научныхъ трудахъ, его личность выступаетъ въ нихъ весьма импозантно. Да и можно ли ожидать иного? Можно ли утверждать, что духъ человѣческій на самой высшей ступени своей дѣятельности, творческой, научной, гдѣ все отъ него зависитъ, принизится до полнаго самоуничтоженія? Развѣ не личный геній творитъ науку? Развѣ Соловьевъ, излагая тѣже событія, которыя излагались другими историками, могъ не вложить въ это изложеніе всей своей личности, всего своего я? Развѣ не цѣлая бездна между нимъ и Карамзинымъ? Отрицаніе личнаго момента есть отрицаніе науки; провозглашеніе объективизма, какъ высшаго начала, равносильно полному застою.

Личность А. Ф. Кистяковскаго проявляется прежде всего въ выборѣ тѣхъ вопросовъ, которые онъ подвергалъ своей разработкѣ, и затѣмъ въ свойствѣ отвѣтовъ, на нихъ даваемыхъ. Это—вопросъ о мѣрахъ пресѣченія обвиняемымъ способовъ уклоняться отъ слѣдствія, вопросъ, постановка котораго вызвана крайними злоупотребленіями дореформированнаго нашего процесса противъ свободы личной и на который дается отвѣтъ въ смыслѣ возможно болѣе полнаго огражденія такой свободы;—вопросъ о смертной казни, т. е. самой крайней карательной мѣрѣ, доходящей до полнаго уничтоженія личности, и даваемый отвѣтъ приходитъ къ спокойному, но рѣшительному отрицанію этой мѣры;—вопросъ о малолѣтныхъ преступникахъ и учрежденіяхъ для ихъ исправленія, т. е. о несчастныхъ, обреченныхъ на пороки и преступленія бездомностью, заброшен-

ностью или дурнымъ состояніемъ семьи, при чемъ дается энергическій отвѣтъ въ смыслѣ разумнаго общественнаго призрѣнія такихъ дѣтей;—вопросъ о юридическомъ образованіи и юридическихъ обществахъ, при чемъ и то и другое настойчиво рекомендовалось и указывалось продуманной ихъ программой въ видахъ дальнѣйшаго усовершенствованія народнаго и развитія права. Этотъ выборъ темъ и это свойство отвѣтовъ съ крайне симпатичной стороны рисуютъ личность А. Ф. Кистяковскаго въ его научныхъ трудахъ. Они дали намъ право примѣнить къ нему слова поэта:

И на чредѣ своей не забывалъ онъ
Святѣйшаго изъ званій: человѣкъ!

27 декабря 1894 г. **И. Фойницкій.**